

# בינת המשפט

ענייני ממונות אקטואליים

נכתב ונערך על ידי הרב יצחק בירך דפקל

דיין בבית דינו של הגאון הגדול רבי מרדכי גרוס שליט"א

בס"ד פרשת תצוה-זכור תשע"ג

גליון יב

## לשון ד'לא' כאסמכתא' ו'דלא' כטופסי שטרא' בחוזים

ופוסק הרמ"א להלכה שאין להוציא ממון כשיש תנאי עם אסמכתא, אפילו שכתוב בו דלא כאסמכתא.

### ג. מתי מועיל לשון 'דלא' כאסמכתא'

ומכל מקום מודה הרא"ש, שבאופן שהתנאי אינו אסמכתא גמורה, מועיל לשון זה באופן המבואר להלן.

דהנה מי שלוה מחבירו ממון משעבד לו נכסיו לפרעון חובו, שאם לא יפרע לו - יפרע מהם, ושיעבוד קרקעות אינם אסמכתא אע"פ שהוא תנאי אם לא יפרע - ובדעתו שיפרע, מכל מקום, עיקר הסיבה שאדם מלוה הוא כיון שיש ללוה קרקעות שאינו יכול להבריחם, לפיכך עיקר ההלוואה עליהם כמו שתופס משכון על הלוואה, לפיכך שיעבוד קרקעות אינם אסמכתא, כך מפרש הרא"ש (שו"ת כלל ע"ב סי' ז).

ומבאר הרא"ש שאם משעבד מטלטלין הוי אסמכתא, שאין דעת המלוה להלוות עליהם, לפיכך אם משעבדם הוי אסמכתא ולא יחול השיעבוד אפילו אם יכתוב דלא כאסמכתא, והרא"ש לשיטתו הנ"ל שלא מועיל לכתוב "דלא כאסמכתא" באסמכתא גמורה, אבל אם משעבד את המטלטלין אגב קרקעות, כיון שעשה שיעבוד על גבי קרקע אין זה אסמכתא גמורה, ומהני אם יכתוב דלא כאסמכתא, וכן פסק המחבר (חושן משפט הלכות גביית חוב מנכסים משועבדים סימן קיג סעיף א).

### ד. לשון 'בלא אסמכתא'

ואע"פ שמבואר לעיל שלשון 'דלא' כאסמכתא' לא מהני לבטל דין אסמכתא, מכל מקום מחדש הטורי זהב (סימן ר"ז סעיף יח) שאם כותב בשטר 'בלא אסמכתא' מהני. וזה לשונו: "[אם כתב] ושטר זה נעשה בענין שאין בו אסמכתא, מהני שפיר, שמודה שלא היה שם אסמכתא כלל דהיינו שנעשה בב"ד חשוב, והודאת בעל דין כק' עדים דמי". פירוש, אם עושה תנאי שיש בו אסמכתא, ועושה קניין בב"ד חשוב אין בו חסרון אסמכתא, לפיכך, אם כותב ששטר זה נעשה באופן שאין בו אסמכתא, הרי הוא מודה שעשו את התנאי בדרך שמבטלת את האסמכתא, והודאת בעל דין כמאה עדים, וגם בנתיבות המשפט (שם) הביא להלכה את דברי הטורי זהב.

לאור זה ראוי לכאורה לתקן, שכאשר עושים תנאי שיש בו אסמכתא, ומבטלים את האסמכתא שיכתבו "בלא אסמכתא", ולא

### א. זהירות מאסמכתא

'אסמכתא' בלשון חז"ל, הוא תנאי שמתחייב אדם על דעת שמומך בדעתו שלא יצטרך לשלם את התנאי, כי בטוח שיעמוד בתנאי. ולשון אסמכתא, פירושו שמומך על עצמו שלא יצטרך לשלם את התנאי. לפיכך נחלקו רבי יוסי ורבי יהודה במסכת בבא בתרא (קסח.) אם תנאי של אסמכתא מחייב, כיון שאינו נעשה בגמירות דעת.

להלכה הגמ' (שם) פוסקת שאסמכתא לא קונה. לפיכך יש להזהר בחוזים - שמתחייבים קנסות על הפרת חוזה ודעתם שיעמדו בתנאי ולא יצטרכו לשלם - לעשות את התנאים באופן המועיל על פי תורה, כי אם על פי תורה התנאי אינו מחייב, ומוציא ממון בערכאות על פי החוזה, גזל בידו.

וכדי לבטל אסמכתא יש לעשות קניין מעכשיו בבית דין חשוב, ויבוארו במקום אחר, וכאן נבאר מה הדין אם לא עשו קניין לבטל האסמכתא, אבל כתבו בחוזה שנעשה 'דלא כאסמכתא', האם לשון זה מועיל לבטל אסמכתא, ואיזה לשון צריך לכתוב כדי לבטל האסמכתא.

ראוי לציין, כי דיני אסמכתא רבים מאוד מאוד, ובמקום אחר נבאר מה הם הכללים של אסמכתא. רק באופן כללי יש לומר, שכל תנאי שמתחייב לשלם תשלום מופרז, ואין תלוי בידו לקיים את התנאי, יש בזה חשש אסמכתא.

### ב. האם מהני לכתוב "דלא כאסמכתא".

והנה הכותב בשטר שתנאי זה "דלא כאסמכתא", נחלקו הראשונים האם מהני כתיבה זו לחייבו לבטל האסמכתא ולקיים התנאי, ומבא בטור בית יוסף (חושן משפט סימן ר"ז סעיף יח). רבינו ירוחם בשם גאון סובר שמהני, שאע"פ שבאמת אסמכתא היא, מכל מקום הטעם שאסמכתא לא חלה הוא מפני שאינו גומר בדעתו באמת להתחייב, אבל אם כותב בפירוש שמתחייב בתנאי זה דלא כאסמכתא, הרי שהתחייב באמת מכל ליבו. וכן סובר הרשב"ם (בבא בתרא מד:).

אבל הרא"ש בתשובה סובר שלא מהני לכתוב דלא כאסמכתא אם התנאי באמת אסמכתא, שהרי במציאות הוא אסמכתא, ואיך יכתוב שיחול שלא כאסמכתא, הרי אסמכתא אינה חלה ואין בזה גמירות דעת, והביאו המחבר והרמ"א (סימן ר"ז סעיף יח) שתי שיטות אלו,

# בינת המשפט

## עניני ממונות אקטואליים

כאסמכתא', ובאמת בספר עמק המשפט חלק א (נוסחאות חוזים) כתב לכתוב "והכל נעשה באופן שאין בו אסמכתא".

ונראה ליישב מנהג העולם, שכבר נתבאר שאם כותבים "וחוזק שטר זה קבל עליו ראובן כחומר וכחוזק כל שטרות דנהיגי בישראל דלא כאסמכתא" מהני מדין הודאה, אם כן לפי זה שפיר יש לומר, שכיון שכותבים ששטר זה נעשה בקניין מעכשיו בבית דין חשוב, הרי בעצם כבר התבטלה האסמכתא, אלא שלרווחא דמלתא מוסיפים לכתוב דלא כאסמכתא, והוא ממש כלשון שמודה ששטר זה נעשה כחומר וכחוזק שטרות שנהיגי בישראל, לפיכך מהני לשון דלא כאסמכתא שהוא מדין הודאה.

### ז. ביאור הלשון 'דלא כטופסי שטרא'

והנה המקור לבטל אסמכתא בלשון 'דלא כאסמכתא' הוא מהגמ' בבבא בתרא (מד:), אלא שנחלקו הראשונים הנ"ל האם דינא דגמרא הוא בכל אסמכתא, או רק באסמכתא שאינה גמורה. ומובא בגמ' שם שצריך גם לכתוב 'דלא כטופסי שטרא'. והביאו להלכה הטור והמחבר (בסימן קיג סעיף א). ומבאר הרמב"ן (מובא בב"י שם) שמשמעות לשון זה הוא, שטופס שטר הוא שטר העשוי להעתיק ממנו שטרות, דלא נכתב לגבות ממנו ממש, לפיכך כותבין לשון זה בשטר, להודיע שמה שכתבו 'דלא כאסמכתא' אינו נכתב סתם כנוסח שטרות, אלא בכונה להשתעבד בלשון זה.

ורבינו סעדיה גאון כתב שסתם לשונות השטרות נכתבין בלשון שיד בעל השטר על התחתונה (ב"ב קסז.), לפיכך כותבים 'דלא כטופסי שטרא', ליפות כחו שלא יהיה טופס שטר זה כשאר טופסים שידו על התחתונה, אלא שבכל ספק לשון יהיה ידו על העליונה, ולפי שיטה זו אם לא כתב לשון זה לא נפסל הלשון 'דלא כאסמכתא'. ולהלכה הוא מחלוקת הפוסקים אם כתבו לשון זה, האם יד בעל השטר על העליונה (חו"מ סי' מב י"ע"ש בפ"ת).

\*\*\* \*\*

## מכון בינת המשפט

בראשות הרב יצחק בירך דסק"ל

לפתרון סיכוכי ממון בדרך התורה הקדושה

מפעולות המכון:

- הפקת גליון שבעי בנושאים אקטואליים.
- מענה בכתב לשאלות בעניני ממונות.
- עריכת הסכמי שותפות, צוואות, חוזים, ועוד.
- יעוץ משפטי מטובי עורכי הדין בכל סוגי חוקי המדינה.
- העמדת "טוען" בבית הדין.
- גישור, בורות וזבל"א.
- יעוץ והכונה לכל סיכוכי ממון.

כתובת מזכירות "בינת המשפט":

[binat.hamishpat@gmail.com](mailto:binat.hamishpat@gmail.com)

יכתבו "דלא כאסמכתא", כי לשון דלא כאסמכתא אינו מועיל רק בדבר שהוא קצת אסמכתא, אבל באסמכתא גמורה באנו למחלוקת הראשונים, ופסק הרמ"א שאין להוציא ממון כמבואר לעיל.

### ה. מדוע בכתובה כתוב 'דלא כאסמכתא'

אבל יש לבאר מדוע בכתובה נוהגים לכתוב "וחומר שטר כתובה כו' קבל עליו חתן דנן כחומר כל שטרי כתובות ותוספתות דנהיגי בבנות ישראל העשויים כתיקון חז"ל דלא כאסמכתא ודלא כטופסי דשטרא", ולא כותבים בלא אסמכתא, והרי כבר נתבאר שלא מהני לשון דלא כאסמכתא לפי פסק הרמ"א.

וראו לדעת כי לשון כתובה זה, מקורו מרבתינו הגאונים, ומובא בספר השטרות לרב האי גאון (סימן א כתובת אשה).

אבל באמת המהרשד"ם (שו"ת, חושן משפט סימן נח) כתב שאפילו הרא"ש שפוסק שלשון דלא כאסמכתא לא מהני, מכל מקום מודה בזה הרא"ש. וז"ל: "ואם כן הכא בנידון דידן, כיון דכתב האי לישנא, הכי פירושו, וחוזק שטר זה קבל עליו ראובן כחומר וכחוזק כל שטרות דנהיגי בישראל דלא כאסמכתא כו', רצונו לומר, שאפילו שהשטר אינו כתוב כהוגן, מכל מקום אחר שהוא מקבל כל הענין באותו אופן שנהגו ישראל לכתוב באופן שלא יהיה נראה אסמכתא, אם כן ודאי בהא כולי עלמא מודו שחייב ראובן".

ומוכיח יסוד דברים אלו מדברי רב האי גאון המובאים בבית יוסף (חושן משפט סימן עא), שאם אין הסופר יודע לכתוב כראוי לשונות השטר, צריך לכתוב שאחירות השטר קיבל עליו כחומר כו'. ומהני אפילו אם אין השטר כתוב בלשון ראוי, ומזה למד דהוא הדין לעניין אסמכתא.

הנה נתבאר שיש הבדל בין אם כתוב בסתם "דלא כאסמכתא", ובין אם כתוב בנוסף לזה, שקיבל עליו חומר שטר זה כחומר וכחוזק כל שטרות שנוהגים בישראל דלא כאסמכתא, שלשון זה משמעו שקיבל עליו שיועיל בכל אופן לשון זה בשטר. ובזה מובן היטב מדוע בכתובה לדין שסוברים שדלא כאסמכתא לא מהני, מכל מקום כותבים לשון זה בכתובה, והוא על פי המבואר ברב האי גאון והביאו הריטב"א והבית יוסף (שם).

### ו. איזה לשון לכתוב בחוזה לבטל אסמכתא

והנה לאור המבואר יש לתמוה טובא על מנהג העולם שכותבים בחוזים על פי ההלכה, שחווה זה נעשה בקניין מעכשיו בבית דין חשוב דלא כאסמכתא, (וכן כתב בפתחי חושן קנינים, פרק כא הערה מה, שכך מנהג העולם). ולשון זה לכאורה אינו מועיל כפי שכבר נתבאר שראוי לכתוב 'בלא אסמכתא' ולא לכתוב 'דלא